

Kirste/Gonzaga De Souza/Sarlet (Hrsg.)

Menschenwürde im 21. Jahrhundert

Dignidade Humana no Século XXI

Untersuchungen zu den philosophischen, völker- und verfassungsrechtlichen
Grundlagen in Brasilien, Deutschland und Österreich

Investigações sobre os fundamentos filosóficos e jurídicos no direito internacional e
constitucional no Brasil, Alemanha e Áustria.



Nomos

Schriften zum Portugiesischen und Lusophonen Recht

Herausgegeben von

Dr. Stephanie Müller-Bromley,
Institut für deutsch-portugiesische Rechtsbeziehungen

Band 10

Stephan Kirste/Draiton Gonzaga De Souza
Ingo Wolfgang Sarlet (Hrsg.)

Menschenwürde im 21. Jahrhundert

Dignidade Humana no Século XXI

Untersuchungen zu den philosophischen, völker- und verfassungsrechtlichen
Grundlagen in Brasilien, Deutschland und Österreich

Investigações sobre os fundamentos filosóficos e jurídicos no direito internacional e
constitucional no Brasil, Alemanha e Áustria.



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-4588-3 (Print)

ISBN 978-3-8452-8836-9 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhalt

Einleitung	
<i>Stephan Kirste, Salzburg</i>	7
Zur Autonomie und Würde von Menschen mit schwersten geistigen Behinderungen: Eine kantianische Interpretation	
<i>Ana Paula Barbosa, Rio de Janeiro, UFRJ</i>	15
Menschenwürde und Freiheit in Hegels Philosophie des Rechts	
<i>Thadeu Weber, Porto Alegre, PUCRS</i>	33
Absolute Rechte und Verhältnismäßigkeit	
<i>Martin Borowski, Universität Heidelberg</i>	47
Die Würde des Menschen als Leitidee des Grundgesetzes und Rechtsnorm. Ein zweifaches Scheitern.	
<i>Christoph Enders, Universität Leipzig</i>	95
Die Dogmatik der Würde der Menschen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	
<i>Stephan Kirste, Universität Salzburg</i>	117
Menschenwürde und soziale Grundrechte in der brasilianischen Verfassung am Beispiel des Existenzminimums	
<i>Ingo Sarlet, Porto Alegre, PUCRS</i>	143
»Menschenwürde« und »Existenzminimum« in der Rechtsprechung des brasilianischen Supremo Tribunal Federal im Kontext der Verrechtlichung von Recht und Politik	
<i>Monia Hennig-Leal, Santa Cruz do Sul, UNISC</i>	175
Die Rolle der Menschenwürde im österreichischen Recht und im Bereich der Medizinethik	
<i>Silvia Traunwieser, Universität Salzburg</i>	199
Menschenwürde im Völkerrecht	
<i>Robert Kogler/Kirsten Schmalenbach, Universität Salzburg</i>	227
Autoren	247
Stichworte	253

Einleitung

Stephan Kirste, Salzburg

Die Würde des Menschen ist ein alter philosophischer und vielleicht ein noch älterer theologischer Begriff. An antike Wurzeln anknüpfend, wird die aus einer besonderen Stellung des Menschen in der Welt oder seinen besonderen Fähigkeiten begründete Würde in theologischer Art jedenfalls in der Scholastik, mit stärker individualistischer Konnotation im Humanismus der Renaissance,¹ dann wieder sehr intensiv durch Kant und die Kantianer am Ende des 18. und zu Beginn des 19. Jahrhunderts diskutiert. Gerade im Verlauf dieser Debatte und dem Aufstieg des Rechtspositivismus im vorletzten Jahrhundert wurde dann jedoch fraglich, ob es einen sinnvollen Inhalt dieser Würde *als Rechtsbegriff* geben könne. Zunächst wurde auch von positivistischen Auffassungen moralisch vorausgesetzt, dass der Mensch nicht rechtlich instrumentalisiert werden dürfe und daher als Träger von Rechten und Pflichten Rechtssubjekt sei. Dies erschien gerade den Positivisten als so selbstverständlich, dass sie eine entsprechende Verpflichtung gar nicht ins positive Recht aufnehmen wollten, während naturrechtliche Autoren darauf beharrten, dass es sich um ein »Unrecht« handle, das ein verpflichtender Grund aller positiven Rechtsetzung sei.

Die völlige Entrechtung ganzer Bevölkerungsgruppen durch die totalitären Regime des 20. Jahrhunderts haben gezeigt, dass diese selbstverständliche Voraussetzung nicht mehr besteht und dass man die Würde des Menschen, wenn man an der vollständigen Positivierung des Rechts festhalten wollte, selbst in Gestalt von Verfassungsprinzipien oder Menschen- und Grundrechten positivieren musste. Erst nach dem II. Weltkrieg kam es daher zur Aufnahme des Wertes der Würde des Menschen in die Präambeln und Regelungsteile von internationalen Menschenrechtserklärungen und Verfassungen.

Brasilien, Deutschland und Österreich verfügen über Erfahrungen mit dem Recht totalitärer Regime. Während jedoch Österreich noch den

1 Des Menschen Würde: entdeckt und erfunden im Humanismus der italienischen Renaissance. Hrsg. v. R. Gröschner, S. Kirste, O. Lembecke. Tübingen (Mohr Siebeck, Politika 1) 2008.

Schwung der aufklärerischen Diskussion der Menschenwürde aufgreifen und sie im § 16 ABGB bereits 1811 kodifizieren konnte (»Jeder Mensch hat angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten«), brauchte Deutschland nach der Regelung lediglich eines wirtschaftlichen Teilaspekts der Würde in der Weimarer Reichsverfassung bis 1949, um dem Prinzip Verfassungsrang zu geben. Dabei waren auch die Entwicklungen im Völkerrecht durch die Charta der Vereinten Nationen und die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von Einfluss. Brasilien konnte auf diese Erfahrungen zurückblicken und die Würde in seiner Verfassung von 1988 viel differenzierter als die vorgenannten Verfassungen regeln. Die normative Kraft des Prinzips wurde dadurch erheblich gestärkt.

Inzwischen liegen im Völkerrecht, dem Europarecht und den nationalen Rechten der genannten drei Staaten z.T. reiche Judikatur und wissenschaftliche Diskussionen vor. Höchste Zeit also, diese Entwicklungen in interdisziplinärer und vergleichender Perspektive zu untersuchen und die Frage zu stellen, wie es mit der Würde des Menschen als eines Rechtsprinzips zu Beginn des 21. Jahrhunderts bestellt ist. Zunächst fällt auf, dass die philosophischen Debatten keineswegs abgeschlossen sind und auch in der Rechtsprechung der Verfassungsgerichte rezipiert werden. Die Vielfalt der völkerrechtlichen Regelungen der Menschenwürde und die entsprechenden Diskussionen dazu, sind noch kaum zusammenhängend untersucht worden, obwohl sie auch für die nationalen Gerichte immer wichtiger werden. Grundfragen sind trotz dieser Entwicklungen noch offen: Handelt es sich bei der Würde des Menschen überhaupt um ein Prinzip des positiven Verfassungsrechts? Wenn dies der Fall und sie sogar ein vollwertiges Grundrecht darstellt, ist dann ihr Absolutheitsanspruch aufrechtzuerhalten? Bei näherer Betrachtung haben sich viele inhaltliche Diskussionen aber auf Probleme verlegt, wie etwa derjenigen des Existenzminimums oder der Bioethik. Auch ist die Rolle der Verfassungsgerichte bei der Konkretisierung des Würdeprinzips sowohl in Brasilien als auch Deutschland angesichts der Interpretationsoffenheit des Prinzips im Gewaltenteilungsgefüge durchaus klärungsbedürftig. In Österreich hält sich das Gericht hingegen traditionell zurück. Gerade bei den Konkretisierungen der Würde sind die drei Länder neben gemeinsamen Strecken durchaus unterschiedliche Wege gegangen, wie die vergleichenden Beiträge zeigen.

Der Band beginnt mit philosophischen Überlegungen. *Ana Paula Barbosa* (UFRJ, Rio de Janeiro) hat sich bereits in der Vergangenheit durch einen Rechtsvergleich der Würde des Menschen in Brasilien und Deutsch-

land hervorgetan.² Auf der Basis der Philosophie Kants begründet sie die Rechte von Menschen mit Behinderungen. Im Zentrum stehen dabei der moralische Begriff der Autonomie und die hierauf gestützte Würde des Menschen. Zudem differenziert sie zwischen innerer und äußerer Autonomie und Würde. Angesichts der Autonomiedefizite insbesondere von Menschen mit geistigen Behinderungen, stellt Barbosa dabei auf ein Konzept latenter Autonomie ab. Mit diesen Argumenten begründet sie nun Rechte insbesondere von Patienten im Wachkoma, solchen, die an Alzheimer leiden und – die Problematik wurde kürzlich in einem von Barbosa diskutierten Urteil des Obersten Bundesgerichts Brasiliens entschieden – Embryonen mit Anenzephalie.

Thadeu Weber (PUCRS, Porto Alegre) nähert sich dem philosophischen Begriff der Würde des Menschen in einer Perspektive, die dazu selten herangezogen wird: derjenigen von Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Freiheit, Gleichheit und Personalität sind die Prinzipien, die hier die Würde erklären. Er entwirft ein facettenreiches Bild der Würde des Menschen bei Hegel, das von der Personalität über die Würde bei der Arbeit, die soziale Würde bis hin zur Würde in weiteren Sozialbeziehungen reicht. So entfaltet sich die Würde des Menschen als Person im »abstrakten Recht«, als Subjekt in der »Moralität« und als Mitglied in Familie und bürgerlicher Gesellschaft bzw. als »Bürger« im Staat.

Die nächste Gruppe von Aufsätzen widmet sich der grundlegenden Form der Würde des Menschen im Recht. Menschenwürde wird gemeinhin als ein absolutes Recht verstanden, das durch andere, relative Rechte nicht eingeschränkt werden kann. Ist es sinnvoller, auch bei scheinbar absoluten Rechten eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen? Das würde bedeuten, sie als »relative-absolute« Rechte zu verstehen. Konsequenzen daraus ergäben sich insbesondere für das Verständnis der »Unantastbarkeit« der Menschenwürde. *Martin Borowski* (Universität Heidelberg) argumentiert in seinem Beitrag genau für ein solches Verständnis der Rechte. Zunächst analysiert er den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und seine Bedeutung auch bei den supra- und internationalen Menschenrechten. Als Beispiele dienen der Gäfgen-Fall, bei dem die Androhung von Folter in Frage stand, einige Trolley-Fälle der Weichenstellung bei einer auf eine Gruppe von Menschen rasenden Straßenbahn mit defekten Bremsen und das Luftsicherheitsgesetz, bei dem es um den Abschuss eines besetzten Passagierflugzeuges ging. Er bezieht nicht nur die Rechtspre-

2 Ana Paula Costa *Barbosa*: Die Menschenwürde im Deutschen Grundgesetz und in der Brasilianischen Verfassung von 1988. Münster 2008.

chung des BVerfGs sondern auch des EGMR mit ein. Die Rekonstruktion der Menschenwürde als relatives Recht dient nicht ihrer Abwertung, sondern vielmehr der Transparenz des Argumentationsprozesses, der diese verschleiert oft schon voraussetzt.

Durch die Monographie »Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung« und eine Reihe von weiteren Aufsätzen sowie der Kommentierung von Art. 1 GG im Berliner Kommentar ist *Christoph Enders* (Leipzig) geradezu ein Klassiker der Interpretation der Würde.³ Im vorliegenden Beitrag geht er der Frage nach dem formalen Status der Menschenwürde im Grundgesetz nach: Ist sie eine gehaltvolle Leitidee aber ohne normativen Status oder ist sie eine Rechtsnorm? Aus der Entstehungsgeschichte, aber auch von den Auswirkungen einer anderen Interpretation her weist er nach, dass die Menschenwürde weit davon entfernt ein subjektives Recht zu sein, als vorverfassungsrechtliche Grundlage des Rechts verstanden werden muss. Dieser Leitgedanke der Verfassung würde in Wahrheit entwertet, wenn man ihm eine stärkere Rechtsform unterlegen würde. Eine entsprechende Einordnung nimmt Enders auch auf europäischer Ebene vor. Während dies jedoch vom EuGH auch so gesehen wird, wird die stärkere Interpretation des BVerfG von Art. 1 GG früher oder später zu Spannungen zwischen den beiden Gerichten führen.

Die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts wird schließlich von *Stephan Kirste* (Universität Salzburg) nach Methode der Interpretation, formaler Struktur und materialem Gehalt der Würde des Menschen hin untersucht. Die Einteilung der inhaltlichen Analyse der Dogmatik der Würde orientiert sich an der Statuslehre Georg Jellineks, die jedoch mit dem Bundesverfassungsgericht auf den Rechtsstaat des Grundgesetzes hin angepasst wird. Danach meint insbesondere der status subjectionis nicht das bloße Unterworfensein des Bürgers unter den Staat. Vielmehr kommt darin der in der »Unantastbarkeit« der Würde enthaltene Anspruch des Bürgers als Rechtssubjekt behandelt zu werden, zum Ausdruck. Während sich der Abwehranspruch (»achten«) problemlos in den status negativus und der Schutzanspruch (»schützen«) in den status positivus einordnen lassen, muss der status activus nicht nur als Pflichtenstellung des Einzelnen im Staat, sondern als Ausdruck aller Rechte verstanden werden, in denen der Einzelne an der Begründung, Interpretation und Durchsetzung seiner Rechte und Pflichten und des Gemeinwohls beteiligt ist. Dann lässt sich auch die Begründung des Rechts auf Partizipation an

3 *Christoph Enders: Menschenwürde in der Verfassungsordnung. Zur Dogmatik des Art. 1 GG. Tübingen 1997.*

der Demokratie aus der Menschenwürde, wie sie vom Gericht im Lissabon-Urteil angedeutet wird, dem status activus zuordnen. So ist die Menschenwürde nicht nur der Grund der Grundrechte, sondern selbst ein Grundrecht, das die Subjektstellung des Menschen in diesen Dimensionen der Grundrechte schützt.

Als Brasilien nach der Diktatur an die Ausarbeitung der Verfassung von 1988 ging, spielten die sozialen Rechte eine gewichtige Rolle. *Ingo Sarlet* (PUCRS, Porto Alegre) dürfte der Brasilianische Experte für das deutsche Verfassungsrecht und insbesondere auch für die Menschenwürde in beiden Rechtsordnungen sein.⁴ Er widmet sich hier den in der Brasilianischen Verfassung von 1988 erstmals zu voll wirksamen Grundrechten erstarkten sozialen Rechten und ihrer Begründung aus der Menschenwürde. Hier erfährt der Leser auf Schritt und Tritt den Einfluss der deutschen Auffassung sozialer Rechte, was Sarlet entsprechend hervorhebt. Das zeigt sich wiederum in der Entwicklung eines Rechts auf ein Existenzminimum, wie Sarlet mit einem sorgfältigen Rechtsvergleich belegt. Andererseits lässt sich auch sehr schön die Weiterentwicklung der Grundrechtstheorie nach dem zweiten Weltkrieg beobachten, aufgrund derer die sozialen Rechte in der Brasilianischen Verfassung einen klarer formalisierten Status erhielten, als im Grundgesetz von 1949. Hervorzuheben sind hier die interessanten Außenperspektiven aus Brasilianischer Sicht auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und ihre Rezeption durch die deutschen Staatsorgane.

Auch *Monia Hennig-Leal* (UNISC, Santa Cruz do Sul) geht in vergleichender Perspektive dem Prinzip der Menschenwürde bei der Begründung des sozialrechtlichen Existenzminimums nach. Sie analysiert dabei besonders die Auswirkungen auf den Prüfungsumfang von Supremo Tribunal Federal (Brasilianischer Supreme Court mit der Funktion eines Verfassungsgerichts) und Bundesverfassungsgericht und deren Stellung im gewaltenteiligen Gefüge der Staatsorgane. Besondere Probleme ergeben sich durch die unterschiedliche Interpretation des »Vorbehalts des Möglichen« als Einschränkung des Existenzminimums in der deutschen und brasilianischen Rechtsprechung und Lehre. Diese institutionellen Aspekte sind umso wichtiger, als es sich beim Existenzminimum um ein entwicklungs-offenes Konzept handelt.

4 *Ingo Sarlet*: Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, 10 Aufl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

Silvia Traunwieser (Universität Salzburg) stellt schließlich die rechtlichen Regelungen der Menschenwürde in Österreich dar. Es fällt auf, dass durch René Marcic und Herbert Schambeck Interpretationsansätze der Menschenwürde stärker religiös geprägt sind als in Brasilien oder in Deutschland. Die Verankerung des Prinzips in der österreichischen Verfassungsrechtsordnung ist freilich schwierig. Im Grunde ist dies erst über Art. 3 EMRK in einer gesicherten Weise möglich geworden. Das legt nahe, der einfachgesetzlichen Verwendung des Begriffs nachzugehen. Exemplarisch greift sich Traunwieser das Unterbringungsrecht heraus. Im zweiten Teil ihrer Untersuchung wendet sich Traunwieser der Medizinethik zu und schlägt so auch eine Brücke zur Problematik der Anenzephalie in Barbosas Beitrag. Aber auch Probleme von Big-Data und der Menschenwürdeschutz am Lebensende werden diskutiert.

So prominent das Prinzip der Würde des Menschen im Völkerrecht der Nachkriegszeit ist, so wenig ist es doch bisher untersucht. *Robert Kogler* und *Kirsten Schmalenbach* (Universität Salzburg) helfen diesem Desiderat ab. Der Beitrag überrascht aber u.a. mit der Beobachtung, dass das Prinzip als »moralische Würde des Menschen« bereits in den 30er Jahren des letzten Jahrhunderts im Völkerrecht aufkam. Hervorhebenswert ist auch die Parallele, die bekannte Probleme der Menschenwürde im nationalen Recht im Völkerrecht besitzen. Erinnert sei hier nur der »Postmortale Persönlichkeitsschutz« und das Problem der Leichenschändung im Kriegerecht. Die Autoren mustern dann das universelle und regionale Völkerrecht sowie die Rechtsprechung der entsprechenden Gerichte auf die Verwendung des Prinzips der Menschenwürde durch. Daraus ergeben sich drei Funktionen des Prinzips: Erstens ist es ein Interpretationsprinzip des Völkerrechts, zweitens ein allgemeines Rechtsprinzip des humanitären Völkerrechts und schließlich kommt ihm eine außerrechtliche philosophische Fundierungsfunktion zu. Am Ende ist die Bedeutung des als vage empfundenen Konzepts der Menschenwürde für das Völkerrecht eher zurückhaltend.

Dieser Band zur Menschenwürde geht aus eine PROBRAL-Projekt hervor, das zwischen Kollegen der Päpstlichen Universität von Rio Grande do Sul (PUCRS), der Universität Heidelberg, nach dem Ruf des Mit Herausgebers an die Universität Salzburg auch dieser und der Universität Augsburg, gefördert durch den DAAD und CAPES seit 2012 über mehrere Jahre zum Thema »Menschenwürde im 21. Jahrhundert«, »*Dignidade da Pessoa Humana no Século XXI*« durchgeführt wurde. Bei einer Reihe von Tagungen und Workshops in Porto Alegre, Rio de Janeiro, Heidelberg und Salzburg, wurden die verschiedensten Aspekte des Prinzips der Men-

schenwürde diskutiert. Einbezogen und gefördert wurden in dem Projekt insbesondere auch Nachwuchswissenschaftler. Inzwischen ist eine Reihe von Dissertationen daraus hervorgegangen. Zur Sprache kamen bei diesen Veranstaltungen verfassungsrechtliche, grundrechtstheoretische und rechtsphilosophische Aspekte. Eine Auswahl dieser Untersuchungen präsentiert der vorliegende Band.

Die Fertigstellung des Bandes wäre nicht möglich gewesen ohne die redaktionelle Bearbeitung durch Frau *Hannah Messner* und Herrn *Julius Falkenbach*. Der *Evers-Marcic-Stiftung* und der *Stiftungs- und Förderungsgesellschaft der Paris-Lodron-Universität Salzburg* gebührt ein herzlicher Dank die großzügigen Druckkostenzuschüsse. Schließlich danke ich Dr. iur. *Stephanie Müller-Bromley* für die Aufnahme des Bandes in die Schriften zum portugiesischen und lusophonen Recht des Instituts für Deutsch-Portugiesische Rechtsbeziehungen.

Zur Autonomie und Würde von Menschen mit schwersten geistigen Behinderungen: Eine kantianische Interpretation

Ana Paula Barbosa-Fohrmann

I. Einführung

Die Konzeption der Person stellt bis heute eines der schwierigsten Probleme der modernen Moralphilosophie dar. Ausgangspunkt dieses Aufsatzes ist die nicht immer klare Abgrenzung zwischen den Konzeptionen »moralische Person« und »menschliches Wesen« in der Wissenschaftsliteratur. Diese zwei Konzeptionen gilt es, auf Basis von Kants *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, zu überprüfen. Dazu werde ich die Gruppe von Menschen mit geistigen Behinderungen bzw. diejenigen mit schwersten Behinderungen als Fallbeispiele verwenden. Wenn sie als von der Kantischen moralischen Konzeption der Person umfasst betrachtet werden können, sind sie zur Selbstgesetzgebung fähig, wobei sie das moralische Gesetz respektieren und nur aufgrund dessen zu agieren in der Lage sind. Sie sind mit Autonomie und deshalb mit Würde ausgestattet. Um die Unterschiede zwischen »menschlichem Wesen« und »moralischer Person« festzustellen und die Frage zu beantworten, ob Menschen mit schwersten Behinderungen mit Autonomie und Würde ausgestattet sind, schlage ich hier Folgendes vor: 1) einige konzeptionelle Interpretationen von Kants Begriff der Autonomie, 2) eine alternative Interpretation von Würde basierend auf (1) und 3) die Anwendung von (1) und (2) auf einige Fälle von schwersten geistigen Behinderungen.

II. Einige konzeptionelle Interpretationen von Kants Begriff der Autonomie

Bei Kant ist Autonomie das Attribut, frei und mit Selbstbestimmung das moralische Gesetz zu akzeptieren und ihm zu gehorchen.¹ Alle Werte und Prinzipien, die menschliches Handeln bestimmen, sollten nur vom Menschen selbst bestimmt werden. Wenn dieser sich selbst auf Vernunft basierte Gesetze geben kann,² ist er mit absoluter Würde verfasst.³ Daher ist Kant zufolge »Autonomie (...) der Grund der Würde der menschlichen und jeder vernünftigen Natur.«⁴ Außerdem setzt die auf Vernunft basierte Menschenwürde voraus, dass der Mensch ein Zweck in sich selbst ist. In ihrem Kommentar zur *Grundlegung der Metaphysik der Sitten* erklären Dieter Schönecker und Allen W. Wood: »Es ist diese [Autonomie] und keine andere Eigenschaft, die den Menschen zum Zweck an sich macht und damit zu einem Wesen, das Würde besitzt...«⁵ In Kants eigenen Worten: »Der Mensch, und überhaupt jedes vernünftige Wesen, existiert als Zweck an sich selbst, nicht bloß als Mittel zum beliebigen Gebrauche für diesen oder jenen Willen.«⁶ Als absoluter Wert in sich selbst gibt jedes rationale Wesen daher zu, dass alle anderen mit ihm gleich sind.⁷

Dementsprechend bilden Vernunft, Autonomie und Würde ein begründetes Verhältnis. In dieser Hinsicht lässt sich fragen, ob diese Konzeption der Menschenwürde auch die Behinderten im Allgemeinen umfasst und diese daher als Menschen und moralische Personen angesehen werden können.

Solche Überlegungen ziehen außerdem weitere Fragen nach sich. Wenn wir annehmen, dass Menschen mit Behinderungen – insbesondere

1 D. Schönecker/A. W. Wood, Kants »Grundlegung zur Metaphysik der Sitten«. Ein einführender Kommentar. 2. Aufl., Paderborn 2004, S. 143.

2 B. Maurer, Notas sobre o respeito da dignidade humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central (Übersetzung: R. Dostal Zanini), in: I. W. Sarlet (Hrsg.). Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional, Porto Alegre 2005, S. 75. Vgl. auch R. Eisler, R. Kant-Lexikon. Nachschlagewerk zu Kants sämtlichen Schriften, Briefen und handschriftlichem Nachlass, Hildesheim 1961, S. 82 f.

3 I. Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 2. Aufl., Riga 1786, S. 76 f. Siehe auch D. Schönecker/A. Wood (Fn. 2), S. 142.

4 I. Kant (Fn. 4), S. 79 f.

5 D. Schönecker/A. W. Wood (Fn. 2), S. 143.

6 I. Kant (Fn. 4), S. 64 ff. Vgl. auch W. Brugger, Grundlinien der Kantischen Rechtsphilosophie, in: Juristen Zeitung, 19 (1991), S. 895.

7 Vgl. D. Schönecker/A. W. Wood (Fn. 2), S. 147.

diejenigen mit schwersten geistigen Behinderungen – ausnahmslos von der Kantischen Konzeption von moralischer Person umfasst werden, führt diese Aussage zur Erkenntnis, dass alle diese Individuen mit ausreichender Vernunft versehen sind, um eigene Entscheidungen frei zu treffen und konsequenterweise das moralische Gesetz zu respektieren.

Die Konzeption von Autonomie, auf die die Menschenwürde gründet, sollte auf zwei Stufen interpretiert werden: Auf der ersten Stufe bezieht sich Autonomie nicht auf die Ausübung der Vernunft oder des Intellekts, sondern auf eine *existierende Autonomie*, mit der jeder Mensch ausgestattet ist. Außerdem kann sich Autonomie auf die *Latenz*⁸ beziehen, die nicht alle, aber fast alle Menschen haben, um existierende Autonomie zu entwickeln. Aus meiner Sicht macht diese existierende Autonomie zusammen mit Latenz aus einem Menschen eine moralische Person. So kann festgehalten werden, dass die Existenz den Menschen eine existierende Autonomie verleiht sowie die Latenz jeder Person *latente Autonomie* verleiht.

Auf der zweiten Stufe führt die existierende Autonomie die »innere Autonomie« herbei, die sich also auf die Existenz des menschlichen Wesens stützt. Dieses Dasein als Selbstzweck unterscheidet jedes menschliche Wesen von allen nicht-rationalen und nicht-menschlichen Wesen. Innere Autonomie ist daher unmittelbar mit unserer Identität als einzigartiges menschliches rationales Wesen verbunden, bzw. mit der Tatsache, dass wir als Menschen geboren sind. Sie bezieht sich auch auf die Menschheit in uns selbst, d.h. auf unser breit ausgeprägtes intrinsisches Merkmal, generelle Zwecke zu etablieren, unser Leben nach diesen Zwecken zu orientieren und keine Differenzierung zwischen uns und anderen Mitglieder unserer Spezies zu machen.⁹ Hier ist die innere Autonomie mit einer existierenden rationalen Eigenschaft, die uns als Menschen bezeichnet, identifiziert.

Hingegen veranlasst die latente Autonomie die »äußere Autonomie«. Sie ist eine Eigenschaft jedes menschlichen Wesens hinsichtlich seines Handelns mit der eigenen Umgebung. Sie wird durch die Sichtbarkeit sowie durch die Konkretisierung dessen, was insbesondere menschlich ist, gekennzeichnet. Sie setzt voraus, was in uns selbst menschlich ist und ver-

8 Vgl. M. Anderheiden, «Vida» na Lei Fundamental (Übersetzung: A. P. Barbosa-Fohrmann), in: R. Lobo Torres/A. P. Barbosa-Fohrmann (Hrsg.), Estudos de Direito Público e Filosofia do Direito: Um Diálogo entre Brasil e Alemanha, Rio de Janeiro 2011, S. 244.

9 Zur Charakterisierung von »Menschheit«, vgl. A. W. Wood (Fn. 1), S. 172.

langt die besondere Bedingung der Ausübung oder Nichtausübung unserer rationalen Eigenschaft, das moralische Gesetz zu respektieren. Das heißt, sie setzt die besondere Bedingung des Handelns nach der von dem moralischen Gesetz auferlegten Pflicht voraus. Und sie verlangt die Ausübung oder Nichtausübung der Autonomie als das einzige und zugleich ausreichende Motiv unseres Willens, das gleiche moralische Gesetz zu respektieren.¹⁰ Hier wird die äußere Autonomie mit der Ausübung oder Nichtausübung unserer rationalen Eigenschaft, die uns als moralische Person bezeichnet, identifiziert.

III. Die alternative Interpretation von Würde basierend auf dem Begriff der Autonomie

Wie bereits erklärt ist die Würde des Menschen auf der Kantischen Autonomie-Konzeption begründet.¹¹ Demnach wird die Würde als Vorrecht einer Person, sein eigener Gesetzgeber zu sein, verstanden. Dabei hat aber die Person die Pflicht, aus dem moralischen Gesetz resultierende Pflichten zu erfüllen.¹² Kant schreibt dazu:

»... imgleichen, daß dieses seine Würde (Prärogativ) vor allen bloßen Naturwesen es mit sich bringe, seine Maximen jederzeit aus dem Gesichtspunkte seiner selbst, zugleich aber auch jedes andern vernünftigen als gesetzgebenden Wesens (die darum auch Personen heißen), nehmen müssen. Nun ist auf solche Weise eine Welt vernünftiger Wesen (*mundus intelligibilis*) als ein Reich der Zwecke möglich und zwar durch die eigene Gesetzgebung aller Personen als Glieder.«¹³

Weiherhin heißt es bei ihm:

»... wir uns ... eine gewisse Erhabenheit und Würde an derjenigen Person vorstellen, die alle ihre Pflichten erfüllt. Denn sofern ist zwar keine Erhabenheit an ihr, als sie dem moralischen Gesetze unterworfen ist, wohl aber, sofern sie in Ansehung ebendesselben zugleich gesetzgebend und nur darum ihm untergeordnet ist.«¹⁴

Diese Zitate können auf drei verschiedene Weisen interpretiert werden. Eine erste, breite Interpretation ist, dass die Menschenwürde jeder vernünftigen Natur innewohnt. In diesem Sinne hätte ohne Ausnahme *jeder*

10 Ebd. zur spezifischen Bedeutung von Persönlichkeit.

11 Siehe oben Fn. 4.

12 A. W. Wood (Fn. 1), S. 172.

13 I. Kant (Fn. 3) Ak 438.

14 I. Kant (Fn. 3) Ak 440.

Mensch diesen Status. Kant bezieht sich nicht nur auf ein Wesen, das seine Denkfähigkeit benutzt, sondern eher auf *eine rationale tierische Natur, das menschliche Wesen, das sich von einer nicht-rationalen tierischen Natur, von dem nicht-menschlichen Wesen unterscheidet.*

Eine zweite, enge Interpretation der Zitate setzt voraus, dass nur vernünftige Wesen, die selbst gesetzgeberisch sind, mit Würde ausgestattet sind. Diese Eigenschaft der Selbst-Gesetzgebung kann nur als Prädikat von vernünftigen Wesen verstanden werden, die ihren Intellekt benutzen können, um das moralische Gesetz zu erarbeiten und konsequenterweise zu respektieren und zu befolgen.

Eine dritte Interpretation besteht darin zuzugeben, dass jedes menschliche Wesen ohne Unterschied Würde hat, jedoch aus anderen Gründen als bei der ersten breiten Interpretation: Der Konzeption der existierenden Autonomie gemäß ist jedes menschliche Wesen mit innerer nicht ausübbarer Autonomie geboren. In der Annahme, dass jeder Mensch ohne Ausnahme innere Autonomie hat, hat jeder als Folge Menschenwürde, aber nur eine abstrakte. Diese Menschenwürde gewinnt Konkretisierung nur im Bereich der latenten äußeren Autonomie, wenn der Mensch den spezifischeren Status einer Person erhält. Als Person qualifiziert kann er dann aktiv selbst-gesetzgeberisch tätig werden und dem moralischen Gesetz folgen. Hier bedeutet Würde die Würde der Person. Demgemäß lässt sich aus den beiden Konzeptionen innerer und äußerer Autonomie ableiten, dass nicht alle Menschen, die mit Menschenwürde geboren sind, unbedingt die Würde haben, die auf den Status der Person gegründet ist.

IV. Einige Fallbeispiele von Menschen mit schwersten geistigen Behinderungen auf der Grundlage von den Konzeptionen von Autonomie und Würde

Ich werde im Folgenden die Konzeptionen der existierenden Autonomie und der korrespondierenden »Würde des Menschen« sowie dasjenige der latenten Autonomie und der korrespondierenden »Würde der Person« auf zwei verschiedene Gruppen von Personen mit schwersten geistigen Behinderungen anwenden. Durch diese Beispiele wird zu klären sein, ob Alzheimer-Patienten und Kinder mit Anenzephalie nach meiner Interpretation der Kantischen moralischen Theorie mit Autonomie und Würde ausgestattet sind.

1. Alzheimer-Patienten

Ich werde zuerst zeigen, dass Alzheimer-Patienten existierende innere Autonomie haben und mit Würde des Menschen geboren sind. Danach werde ich die Position einnehmen, dass sie latente äußere Autonomie und demzufolge Würde aufgrund der Person haben.

Ausgangspunkt ist die Frage, ob wir aufhören zu sein, wer wir im Innersten sind, bzw. ob wir unsere Identität in den erwähnten medizinischen Zuständen verlieren. Eine mögliche Antwort kann auf der Grundlage meiner Interpretation von Kants Moralphilosophie geliefert werden. Ich verstehe Identität mit zwei Facetten: eine statische und eine dynamische. Mit der statischen Identität sind wir geboren und wir verlieren sie nicht im Laufe des Lebens. Sie zeichnet uns als menschliche Wesen aus und macht einen Unterschied zwischen dem, was wir sind und was wir nicht sind, nämlich ein nicht-menschliches Wesen. Die dynamische Identität hingegen bezieht sich auf unsere Interaktion mit der Umwelt, hängt von der statischen Identität ab und kann sie beeinflussen, aber nicht vernichten. Das heißt: die dynamische Identität kann nicht ein menschliches Wesen in ein nicht-menschliches Wesen verwandeln.

Von den zahlreichen Beiträgen zur persönlichen Identität seien hier nur drei Beiträge erwähnt, nämlich das Buch *Reasons and Persons* von 1984 und der Aufsatz »The Unimportance of Identity« von 1995 von Derek Parfit¹⁵ sowie den Aufsatz »Identity and Disability« von 2000 von Christopher Belshaw. Parfit schlägt eine psychologische Differenzierung zwischen den numerischen und den qualitativen Identitäten vor. Nach Parfit basiert die numerische Identität einerseits auf die Tatsache, dass jede Person intrinsisch einzigartig ist und deswegen sind zwei Personen nicht identisch, auch wenn sie Zwillinge sind. Andererseits liegt qualitative Identität vor, wenn zwei Personen das gleiche Aussehen haben. In diesem zweiten Sinne sind Zwillinge identisch.

Wenn wir die Lebensdauer in verschiedene Momente aufteilen, ist X gleich – numerisch gleich – wie Y, wenn und nur wenn eine starke psy-

15 Warum der Rekurs auf Parfit? Hier stimme ich Schechtman zu: »I choose Parfit for three reasons. First, his view is, for my purposes, perfectly representative. There is no argument I make against Parfit which could not be applied to any other standard psychological-continuity theory without significant alteration. Second, Parfit's view is one of the strongest versions of this theory, and, finally, it is the version of the psychological-continuity theory which has been most discussed in the recent literature.« M. Schechtman, Personhood and Personal Identity. The Journal of Philosophy 87, 2 (1990), S. 72.

chologische Verbindung besteht, die ihn im Laufe der Zeit von seiner Identität und Existenz Bewusst macht, oder nach Parfits systematische Formulierung:

»(1) There is psychological continuity if and only if there are overlapping chains of strong connectedness. X today is one and the same person as Y at some past time if and only if (2) X is psychologically continuous with Y, (3) this continuity has the right kind of cause, and (4) there does not exist a different person who is also psychologically continuous with Y. (5) Personal identity over time just consists in the holding of facts like (2) to (4).«¹⁶

Belshaw teilt diese Position und behauptet, dass das Fortbestehen einer gewissen Psychologie erforderlich und ausreichend zur Kontinuität der Existenz eines bestimmten Individuums ist.¹⁷ Wenn man diese Kategorisierung auf den medizinischen Fall anwendet, kann man aus Parfit und Belshaw ableiten, dass die Person, die Alzheimer hat, mit der Person, die sie vor der Krankheit war, *qualitativ* identisch ist. *Numerisch* ist die Person aber nicht identisch mit jener Person, die sie vor der Krankheit war.

Ich würde jedoch betonen, dass die Beiträge von Parfit und Belshaw auf Psychologie basierende Blicke auf den Begriff der Identität werfen und auf die Persönlichkeit abzielen. Wenn ich jedoch – im Sinne von Kant – zugebe, dass eine konzeptionelle philosophische Unterscheidung zwischen menschlichem Wesen und moralischer Person erforderlich ist, bin ich in der Lage, Parfits und Belshaws Positionen zu korrigieren, bzw. zu einer anderen Schlussfolgerung zu gelangen. Nach meinem Verständnis sind Alzheimer-Patienten mit einer einzigartigen statischen Identität ausgestattet, die sie nicht von allen anderen menschlichen Wesen unterscheidet. Dass sie einzigartige menschliche Wesen sind, die nur aus dem alleinigen Grund des Menschseins existieren und deren Existenz von dem gleichen menschlichen Zweck motiviert ist, macht sie zu einem absoluten Selbstzweck. Dieser Gedanke, dass wir gleichzeitig Grund und Zweck in uns selbst sind – was bedeutet, dass wir nicht in etwas anderes, und zwar in ein nicht-menschliches Wesen, verwandelt werden können – bildet unsere Identität in jeder Phase unseres Lebens.¹⁸ Die Bildung der Identität gründet sich nicht auf die Person, sondern auf das menschliche Wesen. Daher halte ich es für sinnvoll, das, was die beiden Autoren »numerische Identi-

16 D. Parfit, *Reasons and Persons*. Oxford 1984, S. 207.

17 C. Belshaw, *Identity and Disability*, *Journal of Applied Philosophy*, 17, 3 (2000), S. 266. Siehe auch S. Holland, *Bioética*. Enfoque Filosófico (Übersetzung: L. Pudenzi), São Paulo 2008, S. 163.

18 Vgl. mit dem Ausdruck *unity of the person* bei A. W. Wood, *Kantian Ethics*, New York, 2008, S. 96.

tät einer Person« nennen, umzubenennen in »die innere Identität eines menschlichen Wesens«. In diesem Sinne haben die Patienten mit fortgeschrittener Alzheimer-Krankheit innere Identität infolge ihres menschlichen Status. Sie verlieren weder ihre Identität noch werden sie von ihrer Krankheit in ein nicht-menschliches Wesen verwandelt. Darüber hinaus gewährt die innere Identität uns aufgrund unseres menschlichen Status einen einzigartigen inneren Code, der uns original macht. Dieser einzigartige innere Code sorgt dafür, dass unsere innere Identität später im Leben infolge einer Krankheit oder Behinderung nicht geändert wird. Mit der Behauptung, dass eine Person mit Alzheimer, jemand anderes sei, als sie in der Vergangenheit war, wird jedenfalls nicht die Identität als einzigartiger originaler Code beachtet, die diese Person von Geburt an hat und die aus ihr gemacht hat, wer sie ist, nämlich Grund, Zweck und eine Ganzheit in sich selbst in verschiedenen Lebensphasen. Gerade aufgrund dieser inneren Code hat sie nicht nur innere Identität, sondern auch existierende Autonomie und folglich Menschenwürde.

Ich bin mit Parfit und Belshaw teilweise einverstanden, wenn sie sagen, dass Veränderungen im Aussehen im Laufe unseres Lebens geschehen können und dies kann sich auf unsere qualitative Identität auswirken. Ich stimme auch zu, dass qualitative Identität die Bedeutung der Person betrifft, aber nicht aus den gleichen Gründen wie bei den beiden Autoren, sondern weil die Identität eine dynamische, konkrete Facette hat, die von unserer Interaktion mit der Umwelt abhängig ist, die sich auf latente äußere Autonomie stützt und die die Persönlichkeit und die Würde jeder Person bildet. Ich behaupte daher, dass Personen mit Alzheimer-Krankheit auch äußere Identität haben. Ich bevorzuge die Bezeichnung »äußere Identität« gegenüber »qualitative Identität«, weil die erste von ihrer konzeptuellen moralischen Konstruktion von »latenter äußerer Autonomie« und Persönlichkeit abhängig ist, und die zweite sich, ihren Vertretern zufolge, nur auf die scheinbaren Züge einer Person bezieht.

Meiner Ansicht nach verlieren die Alzheimer-Patienten ihre äußere Identität nicht aufgrund einer Krankheit, die zu ihrer Behinderung führten. Hier kann die Interpretation von latenter äußerer Autonomie auf das *Gedächtnis* solcher Personen erweitert werden. Denn Patienten mit Alzheimer könnten ihr Gedächtnis autonom bewahren, wenn auch vielleicht nur mit Hilfe anderer Individuen, mit denen sie vor dem Gedächtnisverlust schon verbunden waren. Mündliche oder schriftliche Äußerungen von solchen Patienten aus der Zeit vor der Krankheit können dazu beitragen, das

Gedächtnis in die Gegenwart zu bewahren.¹⁹ Sie können auf diese Weise ihre eigene äußere Identität bekräftigen und ihre Werte vor der Krankheit, die die Entwicklung der Alzheimer-Krankheit verursacht haben, ausdrücken. Die latente Autonomie der kranken Personen kann von dem Kreis der Personen, die ihnen nah waren oder es noch sind, gewährleistet werden. So verstanden kann die Ausübung ihrer *Autonomie durch andere* geschehen. Dies ist, was ich *erweiterte Autonomie* nenne.²⁰ Die Ausübung solcher Autonomie bedeutet nicht, dass der Wille des Patienten ersetzt wird, sondern dass sein Wille von seiner Familie, Freunden und/oder Bekannten in der Vergangenheit zur Kenntnis genommen wurde. Die Vergangenheit der Person kann dazu dienen, seine äußere Identität, seine latente äußere Autonomie und seine Würde als Person in der Gegenwart zu begründen.

2. Kinder mit Anenzephalie

Die äußere Identität und die latente äußere Autonomie von Kindern mit Anenzephalie²¹ sind, anders als bei Patienten mit Alzheimer-Krankheit, deutlich weniger bis gar nicht bekannt. In einem solchen Fall ist es unmöglich, auf einen Willen mit latenter äußerer Autonomie zuzugreifen. Daher wird die Autonomie von Kindern mit Anenzephalie ihren Eltern oder Tutoren vollständig übertragen, die sie »im Interesse dieser Kinder« in der Gesellschaft ausüben.

Streng genommen können Kinder mit Anenzephalie von der Kantischen Konzeption von moralischer Person nicht umfasst werden. Breit genommen hätten sie aber latente äußere Autonomie in der Form der *Vertretung der Autonomie* des Willens, die von ihren Eltern ausgeübt werden könnte. Nur in diesem Sinne könnten sie vielleicht als moralische Person bezeichnet werden. Diese Interpretation würde jedoch eine solche Ausdehnung

19 Zur Erhaltung des Gedächtnisses eines Alzheimer-Patienten auf der Basis eines Berichts seines Sohnes und einiger Briefe, die vom Patienten selbst geschrieben wurden, siehe *J. Franzen, O Cérebro do meu Pai, Revista Piauí* 69 (2012), in: <<http://revistapiaui.estadao.com.br/edicao-69/memorias-de-familia/o-cerebro-do-meu-pai>>. Aufruf am 01.10.2015.

20 Vgl. mit dem Vorschlag von A. W. Wood, den Begriff von »Person« im Kantischen Sinne zu erweitern. Woods *Persons in extended sense* umfasst Kinder und Personen, die einen Unfall, eine Krankheit oder eine andere Form von Behinderung im Laufe des Lebens erlitten haben. *A. W. Wood* (Fn. 15), S. 97.

21 Ich denke hier an die Situationen, in denen der Fötus mit Anenzephalie Minute und Stunde nach seiner Geburt überlebt.

der Konzeption der moralischen Person nach Kant bedeuten, dass die Kernbedeutung der Kantischen Konzeption einer Person, d.h. die Fähigkeit zur Selbstgesetzgebung, das moralische Gesetz zu respektieren und aufgrund dieses eigenen ausreichenden Motivs zu agieren, keinen Sinn mehr hätte. Im Gegensatz zu den ersten beiden Gruppen von schwer psychisch erkrankten Menschen kann nicht die Vergangenheit – und noch weniger die Gegenwart – ihre äußere Identität, ihre latente äußere Autonomie und folglich ihre Würde als moralische Personen begründen.

Jedoch existiert auch im Fall von Kindern mit Anenzephalie eine Autonomie. Hier lassen sich die Konzeptionen der existierenden Autonomie und inneren Identität anwenden. Sie sind von einem Menschen und als Mensch geboren und unterscheiden sich daher von einem Nicht-Menschen oder einem nicht-menschlichen Wesen. Nach meiner Interpretation von Kant sind sie als menschliche Wesen selbst konstitutiv, denn sie sind eine Ganzheit (Grund und Zweck) in sich selbst. Es ist genau die Menschheit in ihnen selbst, die ihre einzige innere Identität konstituiert und in letzter Instanz ihre Würde begründet.

Die Anenzephalie war Gegenstand einer Entscheidung des brasilianischen Obersten Bundesgerichtshofs (»Supremo Tribunal Federal«) im Jahr 2012. Die Entscheidung befasst sich jedoch nicht mit Kindern mit Anenzephalie und deren Würde, sondern mit Föten mit Anenzephalie. Das Argument der Würde von Föten mit Anenzephalie wurde nicht von den Richtern in der Rechtfertigung der Entscheidung aufgeworfen.

2.1. Föten mit Anenzephalie nach der Entscheidung vom brasilianischen Obersten Bundesgerichtshof (ADPF 54)

Die Nationale Konföderation der Beschäftigten im Gesundheitswesen (»Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde«, CNTS) legte dem Obersten Bundesgerichtshof (»Supremo Tribunal Federal«, STF) im Juni 2004 eine Verfassungsklage über die Nichtbefolgung einer grundlegenden Verfassungsbestimmung (»Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental«, ADPF 54)²² vor. Mit dieser Klage soll erreicht werden,

22 ADPF wird in Art. 102 Abs. 1 der CF/88 geregelt. Dieser Artikel wurde durch das Gesetz 9.882 vom 3.12.1999 eingefügt.

dass der Tatbestand »Abtreibung« des Strafgesetzbuchs (»Código Penal«) nach den Normen der brasilianischen Verfassung interpretiert wird.²³

Die nationale Konföderation verlangte, dass die strafrechtliche Regelung der Abtreibungstat im Fall einer therapeutischen Vorwegnahme der Geburt des Föten mit Anenzephalie nicht auf die Schwangeren und die Beschäftigten im Gesundheitswesen angewendet wird. Auch plädierte die Konföderation dafür, dass den Schwangeren das Recht auf Unterbrechung der Schwangerschaft ohne vorherige gerichtliche Genehmigung oder andere Art von Erlaubnis des Staates gewährt wird.²⁴

Die Verfassungsargumente sind folgende: 1) Der Fortbestand der Schwangerschaft unter diesen Umständen bedeutet die Verletzung der Menschenwürde der Schwangeren, weil sie einem übermäßigen und sinnlosen Leiden unterworfen ist, ihre Schwangerschaft bis zum Ende weiterzuführen. Dies wirkt auf ihre physische und psychologische Integrität (Art. 1 III); 2) Der Fortbestand der Schwangerschaft verletzt das Recht auf Freiheit der Schwangeren – »niemand darf zu einem Tun oder Unterlassen gezwungen werden, es sei denn von Gesetzes wegen« (Art. 5 II).²⁵ Der Straftatbestand der Abtreibung soll nicht auf sie angewendet werden. Im Grunde geht es nicht um eine Abtreibung, weil der Fötus keine Chance hat, auf die Welt zu kommen. (Art. 5 II); 3) Der Fortbestand der Schwangerschaft verletzt auch das Recht auf Gesundheit der Schwangeren, weil sie gezwungen ist, eine sinnlose Schwangerschaft bis zum Schluss durchzuhalten. Es gibt angemessene medizinische Prozeduren, um das physi-

23 Art. 124 bis Art. 128 enthalten die Rechtsregeln in Bezug auf die Abtreibungstat. Die Abtreibung ist strafbar, wenn sie von der Schwangeren oder mit ihrer Einwilligung begangen wurde. (Art. 123). Gleichfalls ist sie strafbar, wenn sie von einem Dritten (Art. 125) oder mit der Einwilligung der Schwangeren (Art. 126) begangen wurde. Die Abtreibung, die ein Arzt begeht, ist nicht strafbar, wenn sie medizinisch erforderlich ist, d. h. wenn das Leben der Schwangeren nur durch eine Abtreibung gerettet werden kann (Art. 128 I) und wenn die Schwangerschaft Folge einer Vergewaltigung ist (Art. 128 II). Vgl. *L. F. Gomes* (Hrsg.), *Constituição Federal, Código Penal, Código de Processo Penal*, 6. Aufl., São Paulo 2004, S. 326.

24 *L. R. Barroso*, Making off – Conheça os bastidores da discussão sobre anencefalia, in: *Revista Consultor Jurídico*, in: <http://www.conjur.com.br/2004-ago-15/conheca_bastidores_discussao_anencefalia>. Aufruf am 11.01.2017.

25 Übersetzung: *W. Paul*, Die Brasilianische Verfassung von 1988: Ihre Bedeutung für Rechtsordnung und Gerichtsverfassung Brasiliens. Im Anhang: *Constituição da República Federativa do Brasil 1988 – Amtlicher Text und deutsche Teilübersetzung*, in: *Schriften der DBJV*, 8 (1989), S. 127.

sche und psychologische Leiden der Schwangere zu minimieren, wenn klar ist, dass der Fötus nicht leben wird (Art. 6 e 196).²⁶

Am 1. Juli 2004 gab Richter Marco Aurélio des STF einer einstweiligen Verfügung statt. Es war eine monokratische und ad referendum-Entscheidung im »Plenarium«. Die einstweilige Verfügung gewährte den mit Fötus mit Anenzephalie Schwangeren das Recht auf eine therapeutische Vorwegnahme der Geburt, insofern die Anomalie von einem ärztlichen Sachverständigengutachten nachgewiesen wurde.²⁷

Am 20. Oktober 2004 hob der Oberste Bundesgerichtshof die einstweilige Verfügung auf, der im August stattgegeben wurde. Das »Plenarium« des STF hat entschieden, die Aussetzung der laufenden Verfahrenshandlungen aufrechtzuerhalten bis zu einer schlüssigen Entscheidung des Obersten Bundesgerichtshofs. Bei dieser Angelegenheit bestimmte das STF auch über die Mitwirkung von der CNBB, der Vereine für die Rechte der Familie und des Lebens und der Vereine für die Entwicklung der Familie als »amici curiae« im Bereich der Intervention der Dritten. Der Oberste Bundesgerichtshof entschied, dass er diese Vereine sowie u. a. das brasilianische Bündnis von Frauenmedizin (»Federação Brasileira de Ginecologia«), den Bundesrat für Medizin (»Conselho Federal de Medicina«), die brasilianische Gesellschaft für fötale Medizin (»Sociedade Brasileira de Medicina Fetal«) und die brasilianische Gesellschaft für klinische Genetik (»Sociedade Brasileira de Genética Clínica«) in einer öffentlichen Sitzung anhören würde.

Das Gutachten von dem Generalstaatsanwalt der Republik forderte die Zurückweisung der Verfassungsklage der CNTS an. Nach dem Generalstaatsanwalt sind die gesetzlichen Hypothesen der Nicht-Strafbarkeit präzise und unverwechselbar, und die Rechtmäßigkeit der Abtreibung nur nach zwei Hypothesen, und zwar Gefahr für das Leben der Mutter und Vergewaltigung, gewährleistet sei. Der Generalstaatsanwalt vertritt die Auffassung, dass der Fötus mit Anenzephalie nicht den Tod der Mutter verursacht. In diesem Sinne wäre ein Schwangerschaftsabbruch für solche Fälle unter Androhung der Verletzung des Rechts auf Leben durch die brasilianische Verfassung von 1988 nicht erlaubt. Darüber hinaus unterstützte er die Annahme der Empfängnistheorie durch das brasilianische Recht, weshalb der Fötus mit Anenzephalie als ein ungeborenes Kind

26 Siehe Fn. 19.

27 *Obersten Bundesgerichtshof*, ADPF 54 MC, Berichterstatter Richter MARCO AURÉLIO, Urteil von 01.07.2004 publiziert in der DJ 02.08.2004 PP-00064 RTJ VOL-00200-03 PP-01399.